

LA ADUCCIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

ANGELA MARIA FUENTES ALVIS

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL NORTE
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROBATORIO PENAL
MEDELLÍN
2013

**LA ADUCCIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA EN LA
AUDIENCIA PREPARATORIA**

ÁNGELA MARÍA FUENTES ALVIS
C.C. 50.932.450

Trabajo de grado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Probatorio Penal

Asesor:
Dr. CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL
MEDELLÍN
2013

CONTENIDO

	Pág.
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
2. FORMULACION DEL PROBLEMA	5
3. OBJETIVOS	6
3.1 OBJETIVO GENERAL	6
3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	6
4. MARCO CONCEPTUAL	7
4.1 DOCTRINAL	7
4.1.1 La Audiencia Preparatoria	7
4.2 PERTINENCIA, CONDUCTENCIA Y EFICACIA	12
4.3 JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	17
5. DISEÑO METODOLÓGICO	32
5.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	32
5.2 METODOLOGÍA	32
5.3 INSTRUMENTOS	32
5.4 PRESUPUESTO	32
6. ANÁLISIS DE RESULTADOS	33
6.1 TABLAS	33
6.1.1 Tabla General	33
6.1.2 Tabla de Argumentos	34
6.2 GRÁFICAS	35
6.2.1 Grafica General	35
6.3 ANÁLISIS DE RESULTADOS	36
BIBLIOGRAFIA	41

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Sabemos que la audiencia preparatoria como escenario en el cual se hacen las solicitudes probatorias, es quizás el segundo momento procesal más importante después del juicio, pues es allí en donde se proyectan las estrategias y se clarifica el sentido de lo que pretenden las partes.

La audiencia preparatoria, si bien es un momento procesal, está fundada en unos institutos que procuran la correcta y eficaz administración de justicia cuyos efectos trascienden al plano sustancial en la medida en que su fundamento es el derecho de defensa. Es así como el decreto de las pruebas a practicar, trae consigo unos presupuestos de tipo formal y jurídico que exigen de ese acto una determinada actitud de las partes encaminada a lograr su fin último, probar.

Es por ello que el éxito de las partes y sus pretensiones se inicia en el buen manejo de los argumentos que permiten la aducción de los elementos materiales de prueba.

Nuestro sistema penal ya no es tan novedoso, y por ello se espera de las partes una actitud probatoria activa, que permita, desde esa audiencia preparatoria al juicio, revelar las estrategias, de manera que desde ese instante se implante en los sentidos del juez la visión de lo que será el juicio y su desarrollo.

2. FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Están bien fundamentadas las solicitudes probatorias de las partes en cuanto a pertinencia, conducencia y eficacia?

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Hacer un examen comparativo de varias audiencias preparatorias a efectos de realizar un análisis crítico de los argumentos que fundamentan cada solicitud probatoria.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Seleccionar varios audios de audiencias preparatorias para hacer un cuadro comparativo de las solicitudes probatorias y su fundamentación.

Realizar un análisis de cada solicitud probatoria y su fundamentación en cuanto a la pertinencia, conducencia y eficacia.

Verificar con qué frecuencia se solicita la exclusión de un medio probatorio y analizar la fundamentación de dicha solicitudes.

4. MARCO CONCEPTUAL

4.1 DOCTRINAL

4.1.1 La Audiencia Preparatoria

Tomado del libro “Nulidades en procedimiento penal Actos Procesales y Acto de Prueba”¹

Como las demás audiencias el juez debe instalarla, la declara abierta y constata la presencia del fiscal, el defensor, el acusado, el Ministerio Público y representación de las víctimas, si las hubiere.

Para la validez de esta audiencia es indispensable la presencia del juez, el fiscal y el defensor. (art. 355).

De inmediato el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, evidencia física o información, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación, ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.
2. Que la defensa descubra los demás elementos materiales probatorios, evidencia física e información en su poder.
3. Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

¹ NOVOA VELÁZQUEZ, Néstor Armando. Nulidades en procedimiento penal Actos Procesales y Acto de Prueba. Tomo I. Quinta Edición 2011, Biblioteca Jurídica DIKE..

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso el juez decretara un receso por el término de una hora, al cabo de la cual se reanudara la audiencia para que la fiscalía y al defensa se manifiesten al respecto.

Las estipulaciones probatorias son acuerdos celebrados entre la fiscalía y al defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

La Corte Suprema de Justicia en casación del 13 de junio de 2007, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, dentro del Proceso No. 27281, sobre este instituto indicó:

“La finalidad de un tal pacto es depurar el juicio de innecesarios debates respecto de *“hechos o sus circunstancias”* frente a los que no hay controversia entre las partes, siempre que ello no implique renuncia los derechos constitucionales, lo cual se aviene o resulta armónico con el carácter predominantemente adversarial del nuevo modelo de enjuiciamiento, toda vez que si el objeto del proceso es el enfrentamiento de dos *“teorías del caso”* opuestas acerca de la situación fáctica investigada, en la medida en que entre ambas posiciones hayan puntos de encuentro o comunes, las partes están facultadas para dar por zanjada cualquier diferencia, haciendo de esta manera operantes los principios de publicidad, concentración e inmediación, propios del nuevo sistema.”

Las estipulaciones solo pueden versar sobre los hechos y las circunstancias con el único fin de aceptarlos como probados; algunas de sus características son:

- Deben constar por escrito firmado por la fiscalía y el defensor.
- Deben introducirse en el Juicio oral para que el juez la tenga como prueba.

- Requiere de un testigo de acreditación.
- No puede tener por objeto los elementos del delito, ni las formas de acción, la imputación objetiva, el bien jurídico, ni la autoría o participación, entre otras posibilidades.
- No pueden estipularse documentos, por Ej., el informe pericial, el acta de la entrevista, de la declaración jurada o de interrogatorio, la escritura pública, la constancia o certificación.
- Se estipulan hechos como los siguientes: que el arma con la que Pedro le dio muerte a Juan era un revolver Smith & Wesson, calibre 38, numero interno 567834, número externo 000783246, cañón recortado, sin licencia, etc.; que María falleció por trauma cráneo-encefálico severo; que el vehículo que atropelló y le causó la muerte a Virginia era un bus de servicio público, de color blanco, afiliado a la empresa Sideral Ltda., con placa XYZ-897, de propiedad de Felipe González Moncaleano, modelo 2007; que si Juan Carlos Rodríguez, hombre de 95 años de edad, hubiera acudido al juicio oral hubiera declarado los siguientes hechos sobre los que las dos partes están en total acuerdo.
- Deben ser leídas durante el juicio oral para efectos de publicidad y registro.
- Los Jueces pueden preguntar al inicio del juicio oral, por las estipulaciones, y aunque pueden pedir las antes de la práctica probatoria, lo más conveniente es que enterado de la existencia de cierto número de ellas, deje a las partes en libertad de ir introduciéndolas con los testigos de acreditación escogidos.
- Las estipulaciones las introduce la fiscalía, atendido que tiene el primer turno de intervención durante el juicio oral, como que tiene la carga de la prueba.

- Por regla general, salvo alguna clase de fraude o engaño, no se acepta que las partes se retracten de lo estipulado, naturalmente si se encuentran elaboradas y firmadas por las partes.
- El hecho de que determinados hechos y circunstancias sean estipulados, no equivale a que no deban ser tenidos como prueba en el juicio oral.
- La estipulación aceptada como prueba por el juez de conocimiento, no exime a la parte de valorar su contenido a la hora de alegar de conclusión.
- Es fuente de oposición para una parte si la otra pretende desconocer, controvertir o confrontar los hechos o circunstancias estipulados, justamente porque las partes han llegado a un acuerdo expreso para aceptarlos como probados.

Si el acusado acepta los cargos, el juez procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. Si no los acepta, se continuara con el trámite de la audiencia.

Conforme a la sentencia C-209 de 2007, Magistrado, Ponente Manuel José Cepeda, la víctima puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral; (art. 356)

Llegado el momento el Juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

Esta solicitud de pruebas, conforme a la Sentencia C-454 de 2006, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, incluye a los representantes de las víctimas,

quienes en igualdad de condiciones que la Fiscalía y la defensa, pueden realizar solicitudes probatorias.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refiera a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en los artículos 375 y 376; impliquen el empleo de medios lícitos para probar sus respectivas pretensiones.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público o la víctima tuvieran conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas, que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica; (art.357)

Cuando una parte exteriorice su solicitud probatoria el juez no puede resolver en forma unilateral, como ocurre en el sistema inquisitivo o mixto, tiene que trasladarse esa carga a la contraparte, al Ministerio Público y a la víctima², para que indiquen si no tienen problema alguno, o si es necesaria su exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en el código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Serán objeto de inadmisión los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad fallidas, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

² Según sentencia c-209 de 2007, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba.

Cuando el juez excluya³, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios (art.359).

A solicitud de las partes o de la víctima, durante la audiencia preparatoria, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos con el único fin de ser conocidos y estudiados.

4.2 PERTINENCIA, CONDUCENCIA Y EFICACIA

Tomado del Módulo prueba judicial análisis y valoración de la escuela Rodrigo Lara Bonilla

PERTINENCIA

La relevancia o pertinencia de las pruebas corresponde a la relación (directa o indirecta) que tienen los hechos planteados con respecto al objeto del proceso judicial y al thema decidendi: el hecho a probar, es decir, el hecho jurídicamente relevante, del cual depende la decisión judicial.

La pertinencia o relevancia consiste en que haya alguna relación entre el medio probatorio y el enunciado fáctico que se pretende someter a prueba, de manera que pueda influir en la decisión correspondiente. La pertinencia es indirecta o mediata, cuando la relación se configura de acuerdo con algún interés, como ocurre con respecto a circunstancias o antecedente que sean concernientes al tema principal de la prueba. Es relevante lo que resulta útil para la determinación de los hechos objeto de un pronunciamiento judicial y, en principio, todo elemento de prueba relevante debe ser admitido; a menos que haya normas o razones específicas para su exclusión.

³ Conforme al artículo 360, el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el código.

Cabe anotar que en el contexto procesal operan, como estándares de selección de la descripción de los hechos que se enuncian, los criterios de relevancia jurídica y de relevancia lógica. La relevancia jurídica se relaciona con los hechos que generan consecuencias previstas en las normas jurídicas aplicables; es la norma la que suministra los criterios de escogencia de los aspectos fácticos que deben ser considerados para determinar la descripción que ha de ajustarse a la calificación jurídica del hecho normativamente previsto. La relevancia lógica vincula a hechos que, si bien no se conectan directamente con consecuencias jurídicas, dan lugar a la derivación de inferencias en virtud de las cuales se pueden establecer conclusiones que sirvan de fundamento para la comprobación de enunciados fácticos susceptibles de calificarse como jurídicamente relevantes (Taruffo 2006: 256-257)

Es relevante la prueba que recae sobre un hecho secundario del cual puedan derivarse consecuencias probatorias con relación al hecho principal, de forma que resulte posible establecer inferencias que vinculen a los dos tipos de hechos, es decir, que el hecho secundario probado pueda corresponder a una premisa de la inferencia que conduzca a la prueba de la ocurrencia del hecho principal. Así, se consideran pruebas pertinentes todas las que sean útiles para la determinación de los hechos que deben ser procesalmente considerados, es decir, se considera irrelevante o impertinente una prueba inútil para la fijación judicial de los hechos y, por tal razón, no tiene por qué ser admitida en el proceso.

El juicio de relevancia de la prueba sirve en el proceso para establecer, de forma preliminar e hipotética, si un medio de prueba deber ser admitido, dada su posible utilidad para determinar los hechos que deben ser objeto de consideración judicial, a la luz de las relaciones lógicas que puedan tener con tales hechos (Taruffo 2002: 259). De conformidad con lo estipulado en el art. 187 del C.P.C.: “[...] las pruebas deberán ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y

las manifiestamente superfluas"; para tal efecto debe contarse con plena evidencia del carácter de impertinencia, toda vez que al existir algún margen de duda, es posible que llegue a vulnerarse la garantía del *debido proceso*⁴.

Sobre el particular se cuenta con claros pronunciamientos jurisprudenciales:

Se [...] impone al investigador el deber de practicar las pruebas solicitadas oportunamente por el investigado cuando estas son conducentes para el esclarecimiento de los hechos. En tal virtud, la negativa a la práctica de pruebas solo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas (arts. 178 C.P.C y 250 C.P.P); pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso.

El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso,

⁴ El juez debe obrar con prudencia y amplio criterio [...] para no rechazar la prueba solicitada sino cuando sea indudable su impertinencia. [...] Solo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba. (Devis Echandía 1981: 346).

con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba.⁵

[...] el imperativo de la investigación integral no obliga al funcionario judicial a practicar todas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales ni a realizar pesquisas o averiguaciones desproporcionadas, innecesarias o inútiles. Como lo ha afirmado en reiterada e importante jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, el funcionario judicial sólo está obligado a practicar aquellas pruebas que objetivamente resulten pertinentes y que puedan ser obtenidas a través de un esfuerzo razonable. Sin embargo, cualquier decisión judicial en este sentido debe ser motivada suficientemente, pues en este ámbito no existe espacio ninguno para la arbitrariedad judicial.

[...] el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa⁶. Sobre este asunto, la jurisprudencia ha sido clara al indicar que la exposición razonada de los argumentos y las pruebas del sindicado no sólo sirven al interés particular de éste, sino también al esclarecimiento de la verdad.⁷

[...] en aquellos casos en los cuales el implicado, indagado o acusado es invisible para el funcionario judicial que, empeñado en encontrar un responsable, no repara en los argumentos y en la evidencia que aquel le pretende mostrar, se produce una flagrante vulneración del derecho de defensa y, por contera, del debido proceso constitucional.⁸

⁵ Corte Constitucional Sentencia T-393 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ T-055/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-442/94 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-654/98 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁷ Esta ha sido la posición reiterada de la Corte desde la sentencia T-436/92 (MP. Ciro Angarita Barón)

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CONDUCENCIA

En tanto que requisito de admisibilidad, es la aptitud o idoneidad jurídica de un medio probatorio para establecer un hecho en el curso de un proceso judicial. Corresponde al contraste entre dicho medio y las normas que establecen la posibilidad de acudir a su utilización para demostrar legalmente la existencia de un hecho. En virtud de la conducencia, respecto de un caso determinado, el medio de prueba debe encontrarse explícitamente autorizado, o no estar excluido expresa o tácitamente.

La conducencia de la prueba no es cuestión de hecho, sino de Derecho, al encontrarse contemplada en la ley o no estar dispuesta restricción para su uso procesal; ya que legalmente puede recibirse o practicarse. La conducencia se predica de la prueba y la pertinencia de los hechos materia del proceso; así, una prueba puede ser pertinente pero el medio probatorio puede no ser idóneo. Un documento privado o un testimonio no son legalmente idóneos para demostrar la venta de un bien inmueble, pues la ley exige escritura pública para su celebración (Devis 1981: 340; Parra 2007:153)

EFICACIA

Prueba eficaz es la que resulta efectivamente útil para llevar a la convicción del juez, derivada de criterios de valoración racionales. La eficacia puede ser establecida como tal después de haberse constatado que tiene algún valor probatorio, es decir, después de la determinación de su valor efectivo; la valoración se plantea, entonces, respecto de la eficacia de la prueba.

La eficacia probatoria es cuestión de grado; y el grado de aceptabilidad de la prueba equivale al grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho. La medida en que una hipótesis resulta confirmada define la eficacia de una prueba,

la cual corresponde al resultado de una valoración probatoria, e incide en la convicción del juez.

En general, la eficacia de cada prueba, la determinación del valor del resultado que arroja cada medida de prueba para la fijación judicial de hechos se establece, en cada caso, siguiendo criterios racionales de valoración de las pruebas, es decir, de valoración efectiva sobre la eficacia de la prueba, como resultado de la aplicación de criterios racionales. Para determinar procesalmente los hechos. En suma, la eficacia de la prueba se establece efectuada su valoración o apreciación.

- La Constitucionalización del Proceso Penal.
- El Estado Social de Derecho.
- Principio Democrático: Núcleo Esencial de los Derechos y Juicio de Proporcionalidad.
- Efectos de la Constitucionalización de las Garantías del Proceso Penal.
 - ✓ Aplicación directa e inmediata de las Normas Constitucionales sobre el Procedimiento.
 - ✓ Aplicación e Interpretación del Procedimiento de Conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.
- Igualdad de Armas y Sistema de Partes.

4.3 JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia. Rad. N° 39416 08/08/2012 M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. EXTRACTO.

LA DECISIÓN SOBRE LA ADMISIÓN DE UNA EVIDENCIA FÍSICA NO SE ADOPTA EN EL JUICIO ORAL

Audiencia preparatoria: Etapa en que se decide la exclusión, rechazo, admisión o inadmisión probatoria.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Evidencia documental: Presunción de autenticidad.

HECHOS:

En el curso del juicio oral que se surte contra el exfiscal A.J.A.C, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción, el ente acusador, a través de una investigadora del C.T.I, intentó introducir copias de la actuación penal en la que se alega se cometió la precitada conducta. La defensa “se opuso y sostuvo que: “me permito objetar dicho documento ya que no es la testigo la que podría autenticar dicho documento ya que no es la testigo la que podría autenticar dicho documento ya que no ha producido ninguno de ellos, ya que no hay claridad de la forma como fue obtenido y no obra cadena de custodia y son copias simples”.

EL RECURSO:

El fiscal consideró que “no se requiere probar la autenticidad ya que la ley presume los documentos públicos como auténticos”. Agregó que con la actitud del a quo se desconocen varios pronunciamientos jurisprudenciales y requiere que las copias sean admitidas como prueba dentro de la actuación.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

Ante todo se ha de recordar que la audiencia preparatoria constituye el escenario por excelencia para el decreto por parte del juez de las pruebas solicitadas (inciso 2º, artículo 357 Ley 906 de 2004) y la consideración de temas probatorios inherentes a exclusión, rechazo e inadmisibilidad (artículo 359 ibídem). Se

constata que en aquél rito procesal la evidencia documental número tres, (la misma cuya incorporación solicitó el fiscal en el juicio oral), fue admitida, es decir, no se negó su exclusión como así lo solicitara la defensa.

(...)

Siendo ello así, y teniéndose en cuenta que la evidencia referida fuera anunciada desde el escrito acusatorio, descubierta en la audiencia de formulación de acusación y suscitada la discusión acerca de la misma en la audiencia preparatoria atrás anotada, no era dable que la Sala Penal del Tribunal Superior de Riohacha, se “abstuviera de admitir” aquella evidencia, por la potísima razón de que el escrutinio inherente a pertinencia y admisibilidad se había cumplido en la audiencia preparatoria y sólo restaba que en el juicio oral se produjera su práctica y ulterior pedimento al juez colegiado de parte del fiscal de incorporación o aducción; sin que el ítem tocante con autenticidad llevara al extremo de no incorporar la evidencia número tres de la fiscalía como prueba, que a la sazón fue a la determinación que arribó, así impropiaamente sostuviera que no la “admitía”;

(...)

Por manera que razón más que suficiente le asiste al impugnante cuando sostiene que la evidencia documental número tres no requería su presentación en original, según lo dispuesto por el artículo 434 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con el artículo 433 ejusdem, tema sobre el cual ya se pronunció la Sala.

SENTENCIA 95920 del veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007), Magistrado Ponente JAVIER ZAPATA ORTIZ.

“1.3 Marco jurídico conceptual relativo al proceso de *descubrimiento probatorio*”

1.3.1 Es de la esencia del sistema acusatorio colombiano, el *descubrimiento probatorio*, que consiste en que la Fiscalía y la defensa suministren, exhiban o pongan a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos

probatorios de que dispongan; y anuncien todas las pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en el juicio oral, para respaldar su teoría del caso.

El *descubrimiento probatorio* participa en modo significativo del talante adversarial de los sistemas acusatorios, entre ellos el colombiano, cuya caracterización de *proceso de partes* no es absoluta, según lo ha difundido prolijamente en la jurisprudencia y la doctrina.

Sobre aquella institución procesal -el *descubrimiento probatorio*- el tratadista colombiano GUERRERO PERALTA, en su texto sobre Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal⁹, anota lo siguiente:

“El ‘descubrimiento’ ha sido un instituto propio del proceso angloamericano y en realidad su introducción en el proceso penal es reciente, pues los datos históricos informan que sólo hasta los años sesenta aparece en la discusión doctrinal de los Estados Unidos de América. El ‘discovery’ intenta facilitar a las partes la adquisición del conocimiento de las fuentes elementos de prueba que posee cada una de ellas para el concreto desarrollo del juicio oral. Su objetivo se cifra en evitar que se introduzcan pruebas en sede de juzgamiento sobre las cuales no se pueda conformar un contradictorio adecuado, sobre todo para el acusado, que se presenta en desventaja frente a la Fiscalía que ha contado con todas la prerrogativas y medios para investigarlo. Por lo tanto es un medio de equilibrio entre las partes para un correcto ejercicio del contradictorio y obviamente del derecho a la defensa”.

1.3.2 El *descubrimiento probatorio* se relaciona directamente con los principios que a continuación se mencionan y cuya vigencia reafirma:

⁹ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica. 2ª Edición. Bogotá, 2007. Pág. 292.

i) *Debido proceso*¹⁰, de rango constitucional, aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, que incluye para el sindicado el juzgamiento con la observancia de la plenitud de las formas del juicio, el derecho de presentar y controvertir pruebas, la defensa por un abogado; y a la *exclusión* las pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

ii) *Igualdad*¹¹, en tanto corresponde a los servidores judiciales hacerla efectiva para los intervinientes en desarrollo de la actuación. Se concreta en la denominada *igualdad de armas*, consistente el derecho que tiene la defensa de conocer las evidencias y elementos probatorios que la Fiscalía utilizará para la acusación; y a la vez, el derecho que asiste a la Fiscalía para conocer de cuáles evidencias y elementos probatorios se servirá la defensa; con la finalidad de que puedan desempeñarse en el mismo plano o nivel. Pero tal prerrogativa no se agota en el simple conocimiento previo, sino que confiere a cada parte la potestad de “utilizar”, si conviene a sus intereses, las evidencias y elementos probatorios aducidos por la otra, bien para impugnar la pertinencia o el poder de persuasión, o bien para respaldar su propia teoría.

iii) *Imparcialidad*¹², que impone a los Jueces el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, siendo indispensable para ello que el Juez de conocimiento asuma una actitud positivamente dirigida a que el *descubrimiento probatorio* sea lo más completo posible.

iv) *Legalidad*¹³, en cuanto el *descubrimiento* es uno de los parámetros que condiciona la pertinencia y el decreto de la prueba por parte del Juez; y por la necesidad de observar las formas propias del juicio. Tan es así, que si llegare a practicarse una prueba que no fue descubierta y pese a ello se utiliza como

¹⁰ Constitución Política, artículo 29.

¹¹ Ley 906 de 2004, artículo 4°.

¹² Artículo 5° ibídem.

¹³ Artículo 6° ibídem.

fundamento de la sentencia, en segunda instancia o en sede de casación es factible aplicar la *regla de exclusión*, por mandato constitucional (*artículo 29 de la Carta*) y de la ley (*artículo 360 –prueba ilegal- de la Ley 906 de 2004*), según el cual, el Juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal.

v) *Defensa*¹⁴, pues el imputado y con mayor razón el acusado, tiene derecho a solicitar, conocer y controvertir las pruebas, disponiendo para ello de un tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa.

Sobre ese particular, el numeral 3° del artículo 125 de la Ley 906 de 2004, estipula que es atribución de la defensa:

“En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencias física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.”

vi) *Lealtad*¹⁵, bajo el entendido que todos los que intervienen en la actuación tienen el deber de obrar con buena fe. Implica que el *descubrimiento probatorio* se haga en forma completa e integral, para evitar que la contraparte sea sorprendida con evidencias y medios probatorios que no pudo conocer con razonable antelación. Siempre quedan a salvo, claro está, el derecho a la no autoincriminación y la información privilegiada ente el acusado y su defensor.

¹⁴ Artículo 8° ibídem.

¹⁵ Artículo 12 ibídem.

vii) *Contradicción*¹⁶, en cuya virtud, las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. Y concretamente, como lo dispone el inciso segundo de esta norma:

“Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.”

Con idéntica redacción, el numeral 2° del artículo 142 del Código de Procedimiento Penal, que trata sobre los deberes específicos de la Fiscalía, se refiere al suministro de todos los elementos y evidencias, inclusive los que sean favorables al acusado.

viii) *Objetividad*¹⁷, que obliga a la Fiscalía a adecuar su actuación a un criterio transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley. De ahí que el *descubrimiento probatorio* por parte de la Fiscalía debe incluir aquellas que pudieren resultar favorables a la defensa.

1.3.3 Es preciso tener en cuenta que la defensa no está obligada a presentar prueba de descargo ni contraprueba (*numeral 8°, artículo 125 de la Ley 906 de 2004*). Sin embargo, cuando el defensor pretenda hacer valer pruebas en el juicio, queda sujeto a la obligación del descubrimiento íntegro y oportuno de las mismas.

1.3.4 El *descubrimiento probatorio* por parte de la Fiscalía es un deber de estirpe Constitucional. El último inciso del artículo 250 de la Carta, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, que introdujo el sistema acusatorio, expresa:

¹⁶ Artículo 15 ibídem.

¹⁷ Artículo 115 ibídem.

“En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.” (se subraya)

El Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, como anotó, en desarrollo de la norma Superior, en los artículos 15 (*principio de contradicción*) y 142 (*deberes de la Fiscalía*), establece la misma obligación: suministrar todos los elementos probatorios, incluidos los favorables al procesado.

De otro lado, como se verá, tres son los momentos procesales básicos –pero no los únicos- que se relacionan primordialmente con el *descubrimiento probatorio*: i) cuando el Fiscal remite al Juez el *escrito de acusación* con sus anexos, al cual pueden acceder los intervinientes (*artículo 337 ibídem*); ii) dentro de *audiencia de formulación de acusación* (*artículo 344 ibídem*); y iii) en desarrollo de la audiencia preparatoria (*artículos 356 y 357 ibídem*).

Y se dice que las anteriores fases procesales no son las únicas aptas para el *descubrimiento probatorio*, toda vez que, por excepción, el Juez tiene la facultad de autorizar un *descubrimiento* posterior, preservando siempre la garantía de contradicción y con el tiempo que razonablemente estime necesario. Tal eventualidad se presenta, por ejemplo, en los siguientes casos:

i) Cuando se acredita que la falta de *descubrimiento* obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (*artículo 346 ibídem*).

ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (*entre ellos: Procuraduría*

General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos.

iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “*muy significativo que debiera ser descubierto*”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “*oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba*” (inciso final del artículo 344 *ibídem*).

1.3.5 En cumplimiento de su deber funcional, la Fiscalía está obligada anunciar desde el *escrito de acusación*, con una lista bien detallada, todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (artículo 337, numeral 5), el cual deberá contener: una relación de los hechos, las pruebas anticipadas –si las hubiere, los datos para la localización de los testigos de cargo y de descargo, los datos para la ubicación de los peritos, los documentos que pretenda aducir con los respectivos testigos de acreditación; y además, los elementos que pudieren resultar favorables al acusado.

Para dar a conocer el *descubrimiento probatorio*, el numeral 5° del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, dispone que la Fiscalía entregue copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información.

En condiciones normales, es de esperarse que la defensa realmente acceda al *escrito de acusación* y sus anexos antes de realizarse la audiencia de *formulación de acusación* (artículo 338 *ibídem*), lo cual implica una conducta diligente del Fiscal, de la defensa y del Juez de conocimiento.

1.3.6 El principal momento procesal donde se lleva a cabo el *descubrimiento probatorio* tiene lugar en la *audiencia de formulación de acusación* (artículo 344 *ibídem*); donde las partes deben colaborar decididamente para que el *descubrimiento* se verifique en forma garantista y correcta. En todo caso, corresponde al Juez velar por la vigencia de las garantías fundamentales de cada uno de los intervinientes, desplegando en pleno sus facultades como director y responsable de la marcha del juicio en condiciones constitucionales y legales.

El artículo 344 (*inicio del descubrimiento*) de la Ley 906 de 2004, estipula que en la audiencia de *formulación de acusación* “la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento.” (Se destaca)

En la Sentencia C-1194 de 2005 (22 de noviembre)¹⁸, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, sólo por el cargo formulado en su contra, bajo el entendido que siempre la Fiscalía tiene el deber constitucional de suministrar todos las evidencias y elementos probatorios de que disponga; que la partícula un, contenida en dicho precepto, no se entiende como un restrictor de cantidad, sino a la manera de un cuantificador indefinido; y que, por tanto, la facultad de solicitar el descubrimiento de elementos y evidencias específicas no es una limitante contra las facultades de la defensa, sino un agregado o un plus, para que pueda conseguir, si fuere el caso, otros elementos y evidencias en poder de la Fiscalía, o de otra persona o entidad.

En la audiencia de *formulación de acusación*, la Fiscalía, a su vez, podrá pedir al Juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de

¹⁸ En esta Sentencia, la Corte Constitucional hace un estudio completo del *descubrimiento probatorio*, como garantía del principio de igualdad de armas, con énfasis en el derecho comparado.

convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en juicio (*inciso 2° del artículo 344, Ley 906 de 2004*).

Y es diáfano el mismo precepto al consignar como obligación para el Juez la consistente en velar porque el *descubrimiento* sea lo más completo posible durante la *audiencia de formulación de acusación*. Esta norma es realmente trascendente, en tanto permite colegir que el Juez en ningún caso puede asumir una postura pasiva, ya que con independencia de la preparación o destreza de las partes, y por exigencia del *principio de imparcialidad* (*artículo 5° ibídem*), *los jueces se orientan por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia*; y porque en la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial para lograr eficacia en el ejercicio de la justicia (*artículo 10 ibídem*).

1.3.7 El correcto y completo *descubrimiento probatorio* condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el Juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el *procedimiento de descubrimiento*. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni convertirse en prueba dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral.

La anterior sanción tiene una salvedad, que podría operar cuando se acredite que el descubrimiento fue omitido por causas no imputables a la parte afectada.

1.3.8 La *audiencia preparatoria* es otro de los momentos esenciales para el *descubrimiento probatorio*, que había iniciado propiamente en la *audiencia de acusación*.

En la *audiencia preparatoria* (artículos 356, 357, 358 *ibídem*), el Juez vuelve a cumplir un papel trascendental frente al proceso de *descubrimiento probatorio*, pues el funcionario judicial debe intervenir proactivamente para garantizar un adecuado descubrimiento; y en particular: i) concederá a las partes la oportunidad de manifestar sus observaciones al respecto, “*en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado incompleto*”; ii) ordenará a la defensa descubrir sus *elementos* materiales probatorios y *evidencia* física; iii) dispondrá que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las *pruebas* que harán valer en la audiencia del juicio oral; iv) concederá un término para que la Fiscalía y la defensa expresen si harán *estipulaciones probatorias*; v), a solicitud de la partes, podrá disponer que se exhiban los elementos materiales probatorios y la evidencia física durante la audiencia preparatoria, con el único fin de ser conocidos y estudiados; y, vi) en todo caso, rechazará los *descubrimientos* incompletos.

Es claro, entonces, que no es obligatorio para el Juez ordenar la exhibición, en la *audiencia preparatoria*, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial.

De otro lado, por la necesidad de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, aún si la contraparte guarda silencio, el Juez podrá ordenar la exhibición, si llegare a colegir que tal medida coadyuva a la estructuración de un juicio justo; pues el Juez de conocimiento, es, como el que más, también Juez de garantías.

1.3.9 Se ha venido destacando la palabra “**suministrar**” que forma parte de la redacción de los textos constitucional y legal, en el sentido que, en el *proceso de descubrimiento*, es deber de la Fiscalía *suministrar* a la defensa todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga.

El verbo *suministrar* no puede entenderse necesaria y únicamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. Tal interpretación a menudo desbordaría los límites de lo razonable, conduciría a extremos indeseados, a complejidades extremas, a malversación de recursos o dilatación del juzgamiento, siendo todos estos resultados hipotéticos incompatibles con los fines constitucionales del proceso penal.

Suministrar, en el Diccionario de la Lengua Española,¹⁹ significa “*Proveer a alguien de algo que necesita*”. Y en el mismo Diccionario, el vocablo *proveer* tiene varias acepciones; entre ellas, una que se relaciona con el tema que se viene tratando: “*Preparar, reunir lo necesario para un fin. Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin*”.

En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de *suministrar* las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas:

i) Imprescindiblemente y en todos los casos, “*descubriéndolos*”, esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado.

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 2001.

ii) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos.

iii) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva.

Corresponde al Juez, una vez más, velar porque el *suministro*, así entendido, sea oportuno y lo más completo posible, pues se trata de facilitar a la defensa el acceso real a los medios que utilizará la Fiscalía en contra del acusado.

Similares reflexiones caben cuando el descubrimiento corresponda a la defensa.

1.3.10 No debe perderse de vista que el *descubrimiento probatorio* no es absoluto, ya que tiene algunas restricciones, recogidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en virtud del cual las partes no pueden ser obligadas a descubrir cierta información, por ejemplo: conversaciones del abogado con el implicado, sobre hechos ajenos a la acusación, sobre hechos que legal y constitucionalmente no puedan probarse, apuntes personales preparatorios del caso, información cuyo descubrimiento genere perjuicio notable para la investigación en curso o posteriores; e información que afecte la seguridad del Estado.

1.3.11 Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el *descubrimiento*; ni existe una sola manera de *suministrar* a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática,

siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el Juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal.

1.3.12 El *descubrimiento probatorio* es un aspecto sustancial de la actuación, que se enraiza en el debido proceso y que toca en sus cimientos el derecho a la defensa. Por ello, si un descubrimiento defectuoso o incompleto conlleva vulneración de garantías fundamentales, podría generar nulidad de lo actuado, en los términos del artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Igual que en los distintos eventos, la declaratoria de nulidad originada en el *proceso de descubrimiento*, bien sea a solicitud de parte o de manera oficiosa, se rige por el principio de trascendencia, de suerte que no cualquier suceso irregular tiene la virtualidad de invalidar lo actuado; sino que esa medida extrema podrá tomarse únicamente cuando quiera que el Juez verifique la vulneración cierta de las garantías fundamentales, o cuando la parte que alega lo demuestre.”

5. DISEÑO METODOLÓGICO

5.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Cualitativa

5.2 METODOLOGÍA

Este estudio se enmarca dentro del enfoque holístico, con un diseño cualitativo, donde se realiza una observación directa en la población objeto de estudio, haciendo una lectura de la realidad.²⁰

5.3 INSTRUMENTOS

TABLAS: en las cuales se compilará la información de acuerdo a variables que permitan graficar el comportamiento de la situación que se pretende describir y evaluar. Estas variables están diseñadas para generar información de tipo CUALITATIVO y CUANTITATIVO. Así, el tipo de solicitudes probatorias y su cantidad, nos arrojan resultados de tipo cuantitativo, por otro lado, los argumentos de dichas solicitudes más las de exclusión probatoria nos arrojarán datos del orden cualitativo, sobre estos recae la mayor parte del análisis y el estudio del presente trabajo.

5.4 PRESUPUESTO

Los costos del presente trabajo son mínimos, dado que el material de trabajo son los cd's de audio que permitan arrojar la información contenida en las audiencias preparatorias materia de la presente investigación.

²⁰ SALDOVAL CASILIMAS, Carlos A. Investigación Cualitativa, p. 25.

6. ANÁLISIS DE RESULTADOS

6.1 TABLAS

6.1.1 Tabla General. Contiene el número de solicitudes probatorias testimoniales, periciales, documentales, etc.

RADICADO	DELITOS	ACUSADO	ESTIPULACIONES
2012-00320	340, inc. 2, 365	JCAH	NO
2012-00084	340, inc 2 y 3	ENAS	NO
2012-00034	340, inc 2 y 3	RBGM	NO
2012-00341	340, inc. 2	DLPP	NO
2011-00347	340, inc. 2, 365	DRPR	NO
2012-00093	340, inc. 2	EMGM	NO
2012-00023	340, inc. 2	CAFB	NO
2012-00301	340, inc 2y3, 366	DEMN	NO
2011-00234	340, inc 2 y 3	PPED	NO
2011-00235	340, inc. 2	AABB	NO
2011-00123	340, inc. 2, 366	EDRG	NO
2012-00067	340, inc. 2	HLJY	NO
2012-00002	340, inc. 2	HLJY	NO
2012-00023	340, inc 2 y 3	SLBF	NO
2012-00137	340, inc 2 y 3	BCBE	NO
2012-00182	340, inc. 2, 365	DEGD	NO
2012-00040	340, inc. 2	MABF	NO
2012-00012	340, inc. 2, 366	ISBF	NO
2012-00017	340, inc. 2	ODFB	NO

SOLIC. PROBATORIAS-FISCALÍA

1. Documentales: plena identificación del acusado y;
2. Testigo de acreditación. (plena identificación).
3. Evidencia demostrativa: informe pericial sobre el arma incautada y;
4. Testigo de acreditación. (arma)
5. Evidencia demostrativa: informe de investigador de campo.
6. Testigo de acreditación: introduce informe de investigador de campo.
7. Testigo protegido.

SOLIC. PROBATORIAS-DEFENSA

- Testimoniales de 20 a 30.
 - ✓ Declaración de conocidos.
 - ✓ Declaración de la pareja.
- Documentales:
 - ✓ Diplomas de estudios superiores.

6.1.2 Tabla de Argumentos. En donde se relacionarán los argumentos aducidos por las partes de manera sintetizada.

ARGUMENTOS FISCALÍA

- Documentales, plena identificación del acusado y Testigo de acreditación.
 - ✓ Esta prueba es pertinente y conducente porque con ella se demostrará la plena identificación del acusado y su arraigo.
- Evidencia demostrativa: informe pericial sobre el arma incautada y testigo de acreditación. (arma)
 - ✓ Esta prueba es pertinente y conducente porque con ella se demostrará que el arma es apta para disparar además de las características propias que permiten describirla y enmarcarla dentro del tipo sea 365 o 366 penal.
- Evidencia demostrativa: informe de investigador de campo y testigo de acreditación.
 - ✓ Esta prueba es pertinente y conducente porque con ella se introducirán las investigaciones que ha realizado el policía judicial en las que ha recolectado información como inspecciones a proceso en donde se acredita lo relatado por el testigo protegido.
- Testigo protegido.
 - ✓ Esta prueba es pertinente y conducente porque con ella se demostrará que el procesado sí perteneció a las llamadas bandas criminales, relatando hechos, lugares y eventos en los cuales participó el procesado.

ARGUMENTOS DEFENSA

- Testimoniales (de 20 a 30)
 - ✓ Declaración de conocidos
 - ✓ Declaración de la pareja.

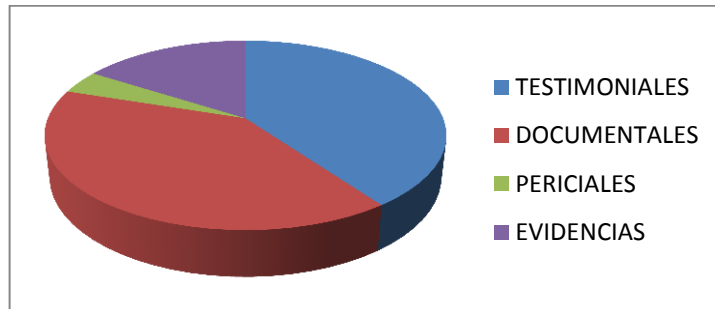
Estos testimonios son pertinentes y conducentes porque con ellos se demostrara que el procesado no pertenece ni ha pertenecido a ninguna banda criminal, y que para la fecha de los hechos que relata la fiscalía mi prohijado estaba en lugares distintos y ejerciendo otras actividades.

6.2 GRÁFICAS

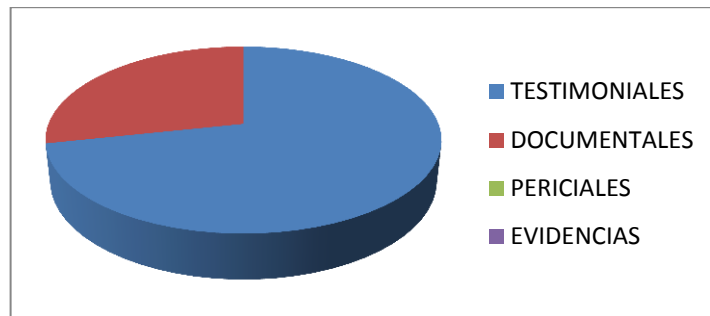
6.2.1 Grafica General

Donde se grafica la información contenida en la tabla general.

A. PORCENTAJE DE SOLICITUDES PROBATORIAS POR PARTE DE LA FISCALÍA.



B. PORCENTAJE DE SOLICITUDES PROBATORIAS POR PARTE DE LA FISCALÍA.



6.3 ANÁLISIS DE RESULTADOS

Como se puede deducir por los delitos relacionados en las tablas, los procesos son de competencia especializada, estos son, el concierto para delinquir incisos 2 y 3, y el porte ilegal de armas del 366 penal. Es importante aclarar que el delito del 365 penal está en concurso con los anteriores y por ello se deriva la competencia. Art 35 del C.P.P. Competencia de los jueces especializados.

El Concierto para delinquir inciso segundo está condicionado por el fin, esto es concierto para delinquir con fines de homicidio o con fines de narcotráfico que es el común denominador en los procesos investigados. Este aspecto desde el punto de vista probatorio, si bien busca probar distintos hechos, elemento material de prueba en este caso es la misma, y se trata de los testigos protegidos de la fiscalía.

En cuanto a la existencia de las bandas criminales, en este caso las Águilas Negras o Urabeños, Paisas o Rastrojos, la fiscalía trae los informes del investigador de campo en donde plasma las inspecciones judiciales a procesos en donde se prueba la existencia de las bandas criminales, en cada proceso hace

una relación de todas las fiscalías visitadas en la zona de donde se investiga el actuar y la presencia de la banda criminal.

Igualmente este testigo de acreditación, el investigador de campo, trae en su investigación una relación de todos los homicidios ocurridos y probados en otros procesos para cotejarlos con la declaración del testigo protegido.

El testigo protegido en su declaración relaciona varios hechos dado que estos siempre reconocen haber pertenecido a la banda criminal en la que presuntamente ha pertenecido el procesado.

Son estos los elementos de prueba con los que la fiscalía uniforma sus acusaciones, y peticiones probatorias. Y digo uniforma porque del examen de los audios se puede observar que los escritos son casi idénticos, supongo que por una práctica judicial en la que los formatos son copiados por todos los fiscales.

Bien, la primera prueba que se solicita es la relacionada con los informes de investigador de campo y el respectivo testigo de acreditación. La argumentación con la que la fiscalía sustenta la pertinencia y la conducencia son condensadas en una sola. Es decir, se asemeja la pertinencia, la conducencia, e inclusive la admisibilidad. Para poder determinar la conducencia, la pertinencia y la admisibilidad de esta prueba debemos saber qué es lo que busca la fiscalía con ella, cuál es el hecho a probar. La fiscalía lo que pretende haciendo inspecciones a otros procesos es demostrar que existen las bandas criminales con injerencia en determinadas zonas, pues ya han sido objeto de sentencia en los mismos.

La pregunta que yo me hago es, será que es necesario probar que existen las Bacrim?, no es acaso eso un hecho notorio?. Sobre todo si observamos que al interior de esos otros procesos la metodología de investigación es la misma, en ese orden de ideas, se convierte en una cadena de inspecciones en la que cada

nueva condena pasa a ser nuevo objeto de prueba dentro de un nuevo proceso, cuando realmente una son copia de los anteriores.

¿Cuál es entonces la pertinencia de esta prueba?, Las inspecciones judiciales a procesos en donde ya ha habido condenas de bacrim con injerencia en determinada zona prueban que existen las bacrim?. la fiscalía lo que hace es apoyar con estos procesos las declaraciones de los testigos protegidos; ellos declaran nombres, alias, lugares, zonas de acción, homicidios, caletas, dan informes que luego sirven para obtener órdenes de allanamiento, en fin, es mucha la información que aportan. Escuchados los audios de algunos juicios en donde se practicas las pruebas relacionadas en este trabajo, se observa que las inspecciones judiciales a procesos sirven no para probar la existencia de las bacrim sino para apoyar y dar credibilidad a la información vertida por el testigo protegido, el cual es capaz de recitar nombres y alias de personas ya condenadas por concierto para delinquir en los procesos inspeccionados. Así pues, la pertinencia aducida por la fiscalía en la audiencia preparatoria no se observa en el juicio pues si bien resulta útil para apoyar la declaración del testigo, no es la prueba de la existencia de las bacrim el objetivo que se visiona en los interrogatorios y en los alegatos finales de la fiscalía.

En cuanto a la conducencia de la mencionada prueba, respecto de si este es el medio idóneo para probar la existencia de las bacrim, queda en los mismos términos suspensivos en los que dado sus objetivos se tornan inconducentes, e innecesarias, pues con probar que el testigo protegido perteneció a las bandas criminales y traer no sólo uno sino varios de esos testigos protegidos podría configurarse un acervo probatorio de declaraciones que podrían demostrar no solo la existencia y la injerencia de dichas bandas sino también la pertenencia del acusado a las mismas.

De la misma forma surge inconducente, pues no siendo la prueba idónea, resulta inclusive prueba de referencia, pues si un fallo se basa en anteriores condenas que se dieron con ocasión de pruebas practicadas en otros procesos salta de bulto que esas mismas no pueden ser tomadas en cuenta como prueba directa, tal como se deduce de la argumentación de la fiscalía en la audiencia preparatoria.

En lo que tienen que ver con la el testigo protegido de la fiscalía, tal como lo describe la fiscalía, es pertinente pues con dicha declaración se probaran varios hechos entre ellos, la existencia e injerencia de la banda criminal. Este integrante deberá estar en condiciones de relatar datos precisos de lugares, reuniones y actos propios de la banda criminal que permitan deducir no solo el concierto sino el fin. Este último aspecto es el más criticado pues la fiscalía pretende con un solo testigo casi omnipresente y omnisciente describir los actos propios del grupo delinencial sin tener en cuenta que cada cosa contada por este testigo debe cerciorarse que le conste y que realmente haya estado presente en cada suceso, y es aquí en donde entra la defensa a tratar de desvirtuar la credibilidad del testigo. La defensa sin embargo, trae como estrategia defensiva a familiares y personas que conocen al procesado y que aseguran que el procesado no es integrante, pero no son capaces de asegurar que estuvieron todo el tiempo con el procesado, de la misma manera como tampoco podría el testigo de la fiscalía probar que estuvo en todas las circunstancias de la comisión del delito de concierto. Así pues, el testigo de la fiscalía sí se torna pertinente para probar los hechos, no suficiente y peligrosamente dudoso, en la medida en que se convierte en testigo único para relatar tantos apartes y detalles de una organización tan grande como son las bandas criminales que azotan toda la zona del bajo Sinú y San Jorge.

En cuanto al arma en los procesos en los que se encuentra el concierto para delinquir en concurso con el porte de armas del 365 o del 366, la prueba básica y necesaria es el informe del peritaje del arma, igualmente para los casos en los que

son incautados cartuchos, granadas, etc. Y el respectivo testigo de acreditación, ambos constituyen el elemento material de prueba apto para probar la calidad del arma.

Finalmente podemos concluir que los argumentos de la fiscalía en términos generales no dan cuenta de lo que se pretende con la prueba de tal manera que el juez pueda visionar el juicio y concluir si realmente lo que se busca con esa prueba es lo que se explorara en el juicio, de la misma manera se encuentra en desventaja la defensa la cual de acuerdo con lo escuchado en los audios se muestra pasiva al no exigir una fundamentación que le permita observar qué es lo que deberá refutar del testigo.

La fiscalía debe preparar de manera clara y concisa sus argumentos de cara al juicio, argumentos que no solo plantean una visión del juicio sino que constituyen parte del descubrimiento pues la prueba no es sólo lo que representa en sí misma, llámese documento, testigo, evidencia, sino lo que su contenido arroja, pues es en esencia el contenido lo que se va a atacar en el juicio, esto no significa que el continente nos sea sujeto de ataque, pero la practica nos ha mostrado que lo único que nos muestra la fiscalía en la audiencia preparatoria es precisamente el continente y no el contenido de lo que se ha de practicar en el juicio.

BIBLIOGRAFIA

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 2008.

BERNAL CUELLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales. Universidad Externado de Colombia.

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. La prueba judicial análisis y valoración. Universidad Nacional de Colombia, UNIBIBLOS. Febrero de 2008.

LOZANO, Raúl y HERRERA CALDERON Julián. Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio. Ediciones Nueva Jurídica. Septiembre 2010.

NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. Nulidades en el procedimiento penal. Tomo I y II. Biblioteca Jurídica DIKE, Quinta edición 2011.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Décimo Octava Edición. Abril 2011.

RODRÍGUEZ CHOCONTA, Orlando Alfonso. El testimonio penal y su práctica en el juicio oral y público. Tercera edición. Librería Temis. Febrero 2011.